

CONSIDERAÇÕES GENÉRICAS SOBRE OS DIREITOS DA PERSONALIDADE*

Eduardo Vera-Cruz Pinto

RESUMO

Afirma que basta a uma pessoa sentir-se ameaçada, física ou moralmente, para poder requerer as providências do Judiciário, pois a defesa da pessoa deve estar sempre acima de qualquer constrangimento legal ou burocrático. Sendo assim, o juiz deve ater-se apenas à pessoa concreta que se queixa de algum dano.

Explica que os direitos da personalidade são um reconhecimento da dignidade da pessoa, que devem ser respeitados independentemente de qualquer formalismo, positividade ou tipicidade. Trata, ainda, das possibilidades de limitação voluntária dos direitos da personalidade.

Por fim, elucida que, no âmbito do Direito português, o início da personalidade se dá a partir do nascimento com vida e termina com a morte, sendo intransmissível aos sucessores do *de cujus*.

PALAVRAS-CHAVE

Pessoa; direito da personalidade; Código Civil português; Direito Civil; dignidade; direito fundamental.

* Conferência proferida na "II Jornada de Direito Civil", realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, nos dias 17 a 25 de novembro de 2003, nos auditórios do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Superior Tribunal de Justiça e Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

E de Direito que basta haver ameaça de ofensa à personalidade física ou moral para que a pessoa ameaçada ou ofendida possa requerer todas as providências adequadas às circunstâncias do caso a fim de evitar que a ameaça se concretize ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida.

Esse princípio geral de Direito encontrou guarida na norma do art. 70 do CC português. O legislador afastou expressamente a doutrina que defende a necessidade de um prejuízo efetivo para que haja tutela jurídica dos direitos da personalidade, consagrando como regra, para a possibilidade de acionar os meios judiciais, a mera possibilidade de existir um dano, no juízo da pessoa titular dos direitos.

No Código Civil, devido à ampla tutela possibilitada sem tipificação pontuada dos direitos concretamente ofendidos ou ameaçados, existe consagrado um direito geral de personalidade em cada pessoa, com proteção legislada, nos planos substantivo e processual.

A importância desse tópico jurisprudencial – que encerra um preceito geral aberto com formulação positiva na norma do Código Civil – é libertar os direitos da personalidade dos limites da legalidade e da tipicidade. A defesa da pessoa está sempre além de qualquer constrangimento legal ou burocrático.

Assim sendo, não se questiona se os direitos expressamente consagrados pelo legislador são de enumeração taxativa ou meramente exemplificativa, porque, pelo Código Civil, direitos da personalidade podem ser todos os que, dentro do princípio geral aberto da norma do art. 70, são admitidos pela lei, pela doutrina ou pela jurisprudência.

Em Portugal, pelos motivos expostos, são protegidos por lei todos os direitos absolutos e os bens gerais no âmbito mais alargado concebível da personalidade, que alguns autores consideram, no entanto, um *numerus apertus* não-taxativo.

2 QUALIFICAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE COMO DIREITOS SUBJETIVOS ESPECIAIS

Como direitos subjetivos especiais, os direitos da personalidade (direito à vida, ao nome, à integridade física, à privacidade, à inviolabi-

lidade de domicílio e correspondência, ao repouso etc.) geram responsabilidade civil e são protegidos por todos os meios judiciais, nomeadamente pelos procedimentos cautelares, destinados a evitar ameaças de violação ou a atenuar os efeitos da ofensa.

Esse princípio geral tem uma limitação óbvia: a violação ou ameaça tem de resultar de um fato considerado ilícito no juízo de censurabilidade do julgador. Se o fato não for considerado ilícito, atendendo ao fim de proteger a pessoa ameaçada ou ofendida e à possibilidade de o fato em causa ser adequado à ameaça ou lesão do direito a proteger, não existe base de sustentação para desencadear os meios de proteção previstos na lei.

Assim, a qualificação dos direitos da personalidade como direitos subjetivos especiais só fica completa se acrescentarmos “ofendidos por fato ou ato ilícito”.

A culpa está no plano da apreciação, não da qualificação. A ameaça ou violação ilícitas dos direitos da personalidade pode levar a sentenças de proteção/punição independentemente da culpa, mas os critérios para aferir a responsabilidade, nomeadamente o dever de indenizar, são sempre os genericamente aplicáveis.

3 O SUJEITO TEM DE SER UMA PESSOA CONCRETA E NÃO UM TIPO ABSTRATO

O julgador, ao aplicar a lei no âmbito de um pedido de defesa de direitos da personalidade, não deve recorrer a conceitos gerais e abstratos como o de “homem médio”, “cidadão comum” e “bom pai de família”, ou a um conceito de normalidade vagamente definido. O juiz deve ater-se apenas à pessoa concreta que se queixa.

Isto é, ao atender àquela pessoa que está em causa por se sentir ameaçada ou violada nos seus direitos de personalidade e ao conteúdo específico do direito referido, o juiz tem de apurar a especial sensibilidade da pessoa na sua relação com os fatos ocorridos, bem como os efeitos específicos da ameaça ou ofensa produzidos na sua realidade quotidiana.

Só assim, ponderando a pessoa concreta, densificando o conteúdo jurídico do direito de personalidade em causa e a adequação dos fatos invocados à sensibilidade e à realidade da pessoa que se queixa, pode o juiz avaliar se existe ou não um pre-

juízo à sua personalidade, para decidir os meios capazes de a proteger.

Ao contrário das doutrinas que, a coberto dessa exigência de atender ao caso concreto, aceitam uma influência do casuismo anglo-saxônico na apreciação judiciária dessas matérias, entendemos que a exigência feita ao julgador de firmar o seu juízo na pessoa e no caso, em concreto, não implica nenhum desvio casuístico. Assim como a necessidade de inserir os casos em tipos abstratos, de natureza grupal, não pode significar adesão à primazia de perspectivas sociológicas no ato de julgar.

4 A SUPERIORIDADE JURÍDICA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE EM FACE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A diferença entre as concepções personalistas e as teses individualistas diz respeito, em sua origem, à defesa da personalidade e da dignidade da pessoa humana, à sua defesa como indivíduo, membro de uma comunidade política.

A tutela dos direitos fundamentais da pessoa na Constituição tem origem e finalidade na necessidade de criar limites ao poder político na sua capacidade para ofender a pessoa, como indivíduo e cidadão. A tutela jurídica funda-se na lei e depende dela. Os direitos da personalidade são um reconhecimento da dignidade da pessoa, apesar e além das relações de poder, e devem ser respeitados, independentemente de qualquer formalismo, positividade ou tipicidade.

Assim, afastamos a pureza piramidal de uma hierarquia positiva de normas que tem no topo a Constituição, para, no confronto dos regimes jurídicos em presença, não degradarmos a posição da pessoa humana e a defesa jurídica dos direitos da personalidade. As experiências políticas de constitucionalização dos direitos da personalidade não devem esquecer que a defesa da pessoa pelo Direito é muito anterior a qualquer idéia de Constituição.

Os direitos da personalidade não se confundem com os direitos pessoais (os direitos da personalidade são direitos da pessoa, mas a maioria dos direitos pessoais não são direitos da personalidade) e, como categoria vaga, ampla e de essência sobretudo negativa e sem fundamento moral necessário, são eles os que melhor se contrapõem aos direitos

patrimoniais. Aqui basta-nos lembrar que os direitos da personalidade em conflito com direitos patrimoniais prevalecem sobre estes.

5 POSSIBILIDADES DE LIMITAÇÃO VOLUNTÁRIA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Enunciam-se dois critérios que o julgador não pode deixar de considerar quando se trata de, ao abrigo do disposto no art. 81 do Código Civil, apreciar uma limitação voluntária do exercício dos direitos da personalidade: qualquer limitação voluntária pretendida pelo titular do direito de personalidade que ofenda valores jurídicos fundamentais é nula; se houver limitação legal e lícita de um direito de personalidade resultante de contrato válido, a pessoa titular do direito pode sempre, de forma voluntária, unilateral e a todo o tempo, revogar a limitação que aceitou fazer.

No primeiro caso, é sempre possível recorrer aos conceitos de ordem pública e aos bons costumes para defender – no âmbito da tutela da privacidade de cada pessoa que implica só ela poder determinar aquilo que lhe respeite e de que quer abdicar – um núcleo essencial da sua pessoa concreta que a integra na pessoa humana, que não está na sua faculdade dispor, limitar, renunciar ou derogar.

No último caso, pode-se discutir o pagamento de uma indenização por responsabilidade gerada pelo fato de, com o seu comportamento, ter gorado expectativas, mas fica completamente afastado o dever de prestar.

A enunciação dos critérios jurídicos limitadores da apreciação judicial é fundamental para evitar desvios judicialistas da defesa dos direitos da personalidade pois, nessa matéria, as opiniões, idéias e convicções dos juízes não podem sobrepôr-se à tutela da pessoa humana pelo Direito mediante defesa por parte do tribunal, da pessoa concreta que está em causa.

6 INÍCIO E FIM DA TUTELA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

6.1 O NASCITURO

A norma do art. 66, n. 1, do CC português faz depender a aquisição da personalidade jurídica do nascimento completo e com vida. Logo, o nascituro não tem personalidade jurídica em face da lei, entendimento que

Os direitos da personalidade não se confundem com os direitos pessoais (os direitos da personalidade são direitos da pessoa, mas a maioria dos direitos pessoais não são direitos da personalidade) e, como categoria vaga, ampla e de essência sobretudo negativa e sem fundamento moral necessário, são eles os que melhor se contrapõem aos direitos patrimoniais. (...) os direitos da personalidade em conflito com direitos patrimoniais prevalecem sobre estes.

fica claro quando o legislador subordina a aquisição dos direitos do nascituro, reconhecidos pela lei, ao seu nascimento. No entanto, daquilo que se retira de negativo para a qualificação do nascituro como pessoa. Pelo contrário, extraem-se elementos positivos para a sua personalização humana, já que o conteúdo dos direitos que o legislador lhe reconhece são, por natureza, inerentes à pessoa ou cujo exercício pressupõe a qualidade de pessoa.

Mesmo na estrita e estreita concepção formalista-positivista, de matriz racionalista, dos direitos da personalidade, pessoa jurídica e pessoa humana não coincidem em absoluto e não há nenhuma base de sustentação para encontrar na lei um critério ou argumento que negue ao nascituro a qualidade de pessoa humana, porque não está no livre-arbítrio do legislador tal possibilidade qualificadora, nem ela deve ser entendida como uma faculdade dispositiva do poder político, seja qual for o tipo de legitimidade que o sustenta, ou um direito de opção exercido por alguns para vincular todos.

Os direitos legais só se efetivam se houver nascimento, isto é, só existem no nascido. Os direitos do nascituro como pessoa existem nele, sem condição, mas pelo fato de o ser, logo independentemente de nascer.

Na querela doutrinária em torno de saber em que momento o nascituro adquire os direitos legais que lhe são reconhecidos, a maioria dos autores entende que esse momento deve ser fixado no nascimento, e não quando lhe foram atribuídos. A retroatividade da aquisição de direitos não é aqui estrutural, mas incidental. Ao contrário, o nascimento determina o início da relação a que a lei dá relevância. Na lógica coerente

do legislador, ninguém pode adquirir um direito legal antes que a lei lhe reconheça personalidade jurídica e, na norma positivada no Código Civil, o nascituro só se torna, *ipso facto*, pessoa jurídica se nascer com vida.

Nesse pressuposto e com essa base, podemos agora saber se o Direito reconhece ao nascituro o direito de nascer. Sendo essa uma questão complexa, que tem motivado debates nos planos religioso, ético, moral, político, ideológico, jurídico, económico, importa centrarmo-nos apenas na questão jurídica, a partir da concepção do Direito como forma de realização da justiça no caso concreto.

Assim sendo, o Direito só pode reconhecer ao nascituro, que encerra uma vida humana, o direito de nascer como direito absoluto, colocado no topo da hierarquia dos direitos da pessoa humana, como direito de ser ou de vir a ser. A derogabilidade desse direito fica sujeita a critérios jurídicos estritos e só em termos de exceção à regra enunciada. A legítima defesa como critério geral e a prevalência de direitos absolutos da pessoa nascida em relação a direitos absolutos da pessoa por nascer, como critério específico, são argumentos atendíveis na formulação positiva do direito de nascer.

Em um Estado democrático de Direito, em que a lei é opção maioritária nas formas de exercício do poder político, o legislador está vinculado, seja qual for a sua opção ideológica, moral, religiosa, ou outra, aos fundamentos jurídicos universais das matérias de que trata. Aqui, a prevalência dos direitos das pessoas sobre quaisquer outros, de ordem social, económica, cultural etc., é uma base universalmente aceita pelos juristas. Em face das ameaças feitas à pessoa que procura as vestes do

“Direito” como forma de legitimação, os juristas são, na comunidade, os principais responsáveis pela sua defesa, porque dotados das competências adequadas para tal.

Conclui-se que o nascituro não tem os direitos de personalidade consagrados no Código Civil porque, como direitos legais, só se aplicam a quem tem personalidade jurídica, logo, capacidade jurídica irrenunciável (art. 69 do CCP) de gozo com susceptibilidade genérica e abstrata de direitos e deveres. Mas terá sempre direitos inerentes à pessoa humana, entre os quais o de nascer, a ser exercido, em termos jurídicos, em conflito com outros direitos de grau idêntico.

6.2 O CADÁVER

A personalidade jurídica termina com a morte da pessoa. O legislador aceita que o momento da morte seja fixado a partir de critérios definidos pela Ordem dos Médicos (Diário da República, Série I-B, de 11 de outubro de 1994), nos termos do disposto na norma do art. 12 da Lei n. 12, de 22 de abril de 1993, sobre colheita e transplante de órgãos e tecidos de origem humana. Assim, o momento da morte, fixado pelos sábios da medicina, determina a cessação da personalidade jurídica.

Dessa forma, os direitos da personalidade positivados pelo legislador não se aplicam ao cadáver. O nosso Tribunal Constitucional, no Acórdão de 8 de junho de 1988¹, invocando os princípios do caráter eminentemente subjetivo dos direitos fundamentais e da cessação da personalidade jurídica com a morte, assentou que não se pode reconhecer direitos de personalidade ao cadáver nem admitir a sua transmissibilidade da pessoa que foi titular para outros.

Se os direitos da personalidade são só da pessoa, não podem ser outorgados ao cadáver. Isso funciona como limite negativo à possibilidade de o poder judicial aceitar um pedido de condenação de alguém por atentar contra a dignidade pessoal de um cadáver. Esse direito supõe a pessoa, é só dela e é intransmissível (não pode ser transmitido aos sucessores do *de cujus*).

Situação diferente é a de pessoa titular dos direitos da personalidade, em vida, opor-se à utilização do seu cadáver e do seu nome para fins que considera ofensivos à sua

pessoa e personalidade, ao abrigo dos direitos naturais da pessoa, que independem de qualquer legitimação política por consagração legislativa. Na atual arquitetura normativa, de monopólio da produção do Direito pelo Estado, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana serve de âncora para a defesa desses direitos, desenvolvidos nas normas do Código Civil.

A nova conformação legislativa para o exercício *post mortem* dos direitos da personalidade faz depender essa possibilidade das diligências que a pessoa faz em vida para que o conteúdo essencial daqueles direitos se mantenha depois da morte.

No art. 71 do Código Civil português, a proteção aos direitos da personalidade do morto resulta da possibilidade de dano à sua família, que, nesse caso, tem legitimidade processual para atuar em sua defesa, protegendo-se. Logo, a proteção legal é dada não à pessoa que foi, mas à sua família.

7 CONCLUSÕES

Em conclusão, termino referindo as bases da decisão judicial nesta matéria:

Eticidade – na defesa judicial dos direitos da personalidade, o julgador deve atender aos princípios e conceitos jurídicos, mas no âmbito da ordem pública e dos bons costumes, sem concessões ao formalismo conceitualista, limitado pelos critérios que o Direito apurou ao longo do tempo.

Operatividade – o juiz deve procurar atender à pessoa concreta, à adequação do fato ilícito com a ameaça ou violação verificadas, aferidas a partir da sua sensibilidade e dos efeitos do acontecido, mediante sua realidade psico-social, não de tipos abstratos. Em qualquer caso, a jurisprudência deve constituir uma hermenêutica de casos concretos inseridos em tópicos jurídicos de resolução de conflitos, não uma forma de superar as contradições do legislador.

Concretude – a maior “participação” do magistrado na decisão resultante do critério jurídico concreto enunciado (a teoria do direito concreto, não puramente abstrato, pode ser acompanhada em Karl Engisch, Emilio Betti, Larenz e Esser) implica que o juiz aceite limites fixados pelo Direito na definição da pessoa humana e julgue o caso concreto com base neles.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

- 1 Boletim do Ministério da Justiça, n. 378, p. 142 e ss.

ABSTRACT

The author states that, if a person just feels physically or morally threatened, he may require judicial support, for the person's defense must always be above any legal or bureaucratic coercion. Thus, the judge has to be only limited to the natural person who complains about some damage.

He explains that personal rights are an acknowledgment of the person's dignity, which ought to be respected, notwithstanding any formality, assertiveness or characteristics. He still deals with the possibilities of voluntary limitation of personal rights.

Eventually, he makes clear that, within the Portuguese Law scope, the personal right originates from live birth and ends with death. Therefore, it is not transmissible to the *de cujus*' descendants.

KEYWORDS – Person; personal right; Portuguese Civil Code; Civil Law; dignity; fundamental right

Eduardo Vera-Cruz Pinto é Professor Doutor em Direito da Universidade de Lisboa, em Lisboa/Portugal.